

Suprema Corte:

–I–

La sala de ferias de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ana María Fernández –al que el defensor *ad hoc* del niño B.F.A había adherido en un todo– contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 que resolvió denegar la solicitud de prisión domiciliaria a favor de aquélla (fs. 42-48).

Para así decidir, la cámara –con la disidencia de la jueza Ledesma– analizó la procedencia de la prisión domiciliaria respecto de las madres de niños menores de cinco años, prevista en el artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660 y en el artículo 10 del Código Penal, ambos modificados por la ley 26.272. El tribunal entendió que, en la actualidad, ni la salud del niño ni la de su madre se encuentran en riesgo, que el Servicio Penitenciario cuenta con sectores apropiados para madres alojadas con hijos, que no existen pruebas de que la permanencia del niño en la unidad penitenciaria de Ezeiza haya perjudicado su salud física o psíquica y que la decisión de mantener al bebé consigo en la prisión pesa exclusivamente sobre su progenitora, habida cuenta de que su cónyuge podría hacerse cargo de él fuera de la cárcel. En la misma línea, afirmó que el niño B.F.A no se encuentra en situación de desamparo ni de inseguridad material o moral pues la crianza y cuidado del niño está a cargo de ambas integrantes de la pareja. Por estos argumentos, el tribunal *a quo* estimó que no se encuentran vulneradas garantías constitucionales ni los derechos previstos en la Convención de Derechos del Niño.

–II–

Contra este pronunciamiento, la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años de la Defensoría General de la Nación, en representación del niño

B.F.A, interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la presentación directa en examen (fs. 51-68, 71 respectivamente).

En su expresión de agravios, la recurrente alega que la sentencia de la cámara de casación es contraria al derecho federal que invocan, a saber, artículos 1 y 18 de la Constitución Nacional, el principio del interés superior del niño (artículos 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), otros principios y obligaciones estatales relativas a la infancia (artículos 2.2, 4, 6, 7.1, 16, 24 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y un conjunto de derechos contemplados en los tratados enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución.

–III–

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se ha puesto en tela de juicio la interpretación de normas de la Constitución Nacional y de tratados de derechos humanos enumerados en su artículo 75, inciso 22, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inciso 3, de la ley 48).

La resolución de la cámara de casación, por su parte, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, pues provoca en el niño B.F.A. un gravamen de imposible reparación ulterior. En efecto, el agravio de quien objeta la efectiva privación de su libertad en un establecimiento carcelario sin una sentencia judicial que lo haya condenado a cumplir una pena de prisión exige tutela inmediata, pues los perjuicios propios de la efectiva privación de la libertad no podrían ser reparados de manera suficiente y adecuada en otra oportunidad. En ese sentido, rige la doctrina de la Corte en materia de equiparación a sentencias definiti-

vas de decisiones judiciales en que las que se encuentra comprometido el derecho a la libertad personal (cf., por ejemplo, Fallos: 329:679, 314:791, 308:1631).

–IV–

Ana María Fernández fue condenada a la pena de tres años y seis meses de prisión por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24. El 15 de noviembre de 2012 le solicitó a ese tribunal que le concediera la posibilidad de cumplir la pena bajo la modalidad de arresto domiciliario en virtud de que tenía un bebé, por ese entonces de seis meses de edad, que había padecido problemas de salud de tipo respiratorio con posterioridad a su nacimiento. En el mes de diciembre, el defensor de la Unidad Funcional de Personas Menores de 16 años de la Defensoría General de la Nación solicitó que se concediera el arresto domiciliario con el fin de tutelar “el interés superior del niño” B.F.A. (fs. 160-1 del expediente 33/12, causa n° 17.156).

A raíz del rechazo de la solicitud de arresto domiciliario, desde el 21 de diciembre de 2012, B.F.A se encuentra alojado, junto a su madre, en la Unidad n° 31 del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. De acuerdo con el informe de situación de la Procuración Penitenciaria, el pabellón 16 en el que se encuentra el bebé carece prácticamente de luz natural, no cuenta con asistencia pediátrica, las paredes tienen humedad y se inundan los baños. Las madres deben bañar a los niños en brazos para evitar el contacto con insectos en virtud de que las fumigaciones no resultan efectivas (Informe de situación de la Procuración Penitenciaria de la Nación, fs. 234 y vta. del expediente 33/12). B.F.A., actualmente de un año de edad, ha pasado casi la mitad de su vida privado de su libertad junto a su madre, en esas condiciones, en una prisión para adultos.

La cuestión en litigio reside en determinar cuáles son los criterios que, a la luz del derecho federal aplicable, deben guiar la interpretación del juzgador al

momento de conceder o denegar la solicitud de arresto domiciliario en el caso de madres con hijos pequeños. Por las razones que desarrollaré a continuación, entiendo que le asiste razón a la recurrente en el sentido de que la denegatoria del arresto domiciliario ha vulnerado derechos y garantías de B.F.A –en particular, su derecho a que se proteja su “interés superior”–, pues no se han adoptado las medidas que protegen, de la forma mas adecuada, su derecho a la libertad personal y a desarrollarse en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres.

–V–

La decisión de la cámara de casación de rechazar el arresto domiciliario de Ana Fernández, en aplicación de la regla del artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660, tiene efectos concretos sobre los derechos del bebé B.F.A. pues lo coloca, indefectiblemente, frente a la siguiente disyuntiva: o bien permanecer privado de su libertad en una prisión para adultos –cuyas condiciones de detención han sido objeto de permanente preocupación por diversos órganos de protección de los derechos humanos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Corte IDH, caso “Penitenciarias de Mendoza vs. Argentina”, Resolución sobre medidas provisionales, 22 de noviembre de 2004, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales para Argentina, 2010, párr. 17; y Fallos: 328:1146), o bien romper el vínculo con su progenitora para recibir cuidados de otros integrantes de la familia manteniendo contactos esporádicos con su madre.

Así, la sentencia apelada, al desechar la posibilidad de que B.F.A crezca y se desarrolle en su hogar junto a su madre, vulneró los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del Niño. Pues, según este tratado, B.F.A tenía derecho a que el tribunal tuviera en cuenta “el interés superior del niño” que implica que los jueces deben adoptar aquéllas medidas que le permitan al niño ejercer, con la

mayor plenitud, su derecho a la libertad personal y al desarrollo físico y mental en un entorno adecuado y bajo el cuidado de sus padres. Como en el caso no existen motivos para entender que B.F.A podría correr un riesgo si permanece en su hogar, la concesión de la prisión domiciliaria es la decisión que mejor compatibiliza el cumplimiento de la pena por parte de su madre con los derechos del niño.

En efecto, los derechos específicos de las niñas, niños y adolescentes están reconocidos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo, 75 inciso 22, de la Constitución. El tratado que desarrolla de manera más acabada estos derechos es la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento establece como principal criterio rector que cuando cualquier autoridad pública, incluidos los tribunales, adopten una medida concerniente a los niños “la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (artículo 3.1). A su vez, al ratificar este tratado, los Estados parte se comprometen a asegurar al niño protección y cuidado para su bienestar, preservar las relaciones familiares (artículo 8.1), asegurar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27) y garantizar que ningún niño sea privado arbitrariamente de su libertad (artículo 37).

En relación con la protección de la familia y la separación familiar, el artículo 9 estipula que los Estados deben velar porque el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres (artículo 9.1).

Estos derechos de los niños deben ser garantizados plenamente por el Estado y, en como consecuencia, no pueden ser restringidos de cualquier modo. Para interpretar en qué supuestos las autoridades públicas pueden limitar el efectivo

disfrute de estos derechos, el derecho internacional de los derechos humanos contiene un conjunto de reglas o principios de interpretación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa “menos gravosa respecto al derecho intervenido” (Corte IDH, Opinión Consultiva n° 5, caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93, entre muchos otros). En igual sentido, el principio *pro homine* o *pro persona* manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos (cf., por ejemplo, Fallos: 332:1963, considerando 23). De acuerdo con estas reglas, frente a distintas alternativas, el juez debe seleccionar siempre aquella que restrinja en menor medida el ejercicio de los derechos humanos.

Estos criterios han sido aplicados por una conteste jurisprudencia internacional que ordena tutelar el interés superior del niño adoptando aquellas soluciones que sean las menos lesivas para sus derechos y que reservan las medidas de separación familiar como último recurso y para casos de absoluta excepcionalidad (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17, párrs. 71 y 72, caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, párr.116). También por la doctrina judicial que impone a los jueces un deber de tutela reforzado y de especial protección frente a grupos en situación de vulnerabilidad social como lo son las niñas y los niños (Corte IDH, caso “Furlán vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr.127, 169 y 201). Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al expresar: “La consideración primordial del interés del

niño [...] orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.). La atención principal al interés superior del niño [...] apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (Fallos: 328:2870, considerandos 4 y 5).

–VI–

En el caso de B.F.A, la cámara de casación efectuó una interpretación de la procedencia de la prisión domiciliaria que no tuvo en cuenta la tutela del interés superior del niño, pues no optó por la solución que restringía en menor medida sus derechos. Para el tribunal, únicamente la acreditación de circunstancias excepcionales en las que se compruebe una “situación de desamparo” o de “inseguridad material o moral” habilitarían el arresto domiciliario. No obstante, a los fines de cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos, el criterio de interpretación debió ser el inverso. El tribunal debía merituar que la concesión del arresto domiciliario es la solución que mejor protege los derechos de B.F.A y solo si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella, rechazar esta modalidad de cumplimiento de la pena.

Pues, el interés superior del niño incluye su derecho a desarrollarse en un entorno adecuado, a la libertad personal, a mantener su vínculo materno filial y a no ser separado de su familia salvo en condiciones de absoluta necesidad. En tal

sentido, las soluciones propiciadas por la cámara de casación no logran tutelar, de la mejor manera posible, el interés superior del niño. Crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños. Máxime, en casos como el de estas actuaciones, en que el contacto permanente con la madre se convierte en condición necesaria para que B.F.A. pueda acceder a la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales (artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que protegen la maternidad).

Esta, por otra parte, es la regla que surge del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionada, la que debe ser interpretada a luz de las Reglas de Bangkok de Naciones Unidas. Estas reglas, luego de considerar “los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres” establecen como pauta de interpretación que “[c]uando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños” (A/RES/65/229, Regla 64).

Cuando en casos como el de este proceso, no existen motivos que justifiquen la separación del niño de su madre, los jueces deben actuar con especial prudencia ya que, la decisión de rechazar el arresto domiciliario puede acarrear el alojamiento del niño en una prisión. Esta alternativa puede servir en casos excep-

cionales para evitar la disolución del vínculo materno filial, pero no puede dejar de observarse que, además de los derechos señalados, lesiona el derecho a la libertad personal, a la integridad personal de las niñas y niños y el principio de intrascendencia de las penas según el cual la sanción privativa de la libertad no puede trascender de la persona condenada penalmente (artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Por último, al solo efecto de completar el razonamiento expuesto, cabe destacar que la ley 26.472, promulgada en enero del 2009, introdujo modificaciones al artículo 32 de la ley 24.660 y al artículo 10 del Código Penal dirigidas a ampliar la procedencia del instituto de la prisión domiciliaria. Así, esta modalidad de ejecución de la pena originalmente prevista para el “condenado mayor de setenta años y el que padezca una enfermedad incurable en período terminal”, comprende ahora, de manera expresa, el supuesto de la “madre de un niño menor de cinco años” (artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660 según la redacción de la ley 26.472)

Un estudio del debate que precedió a la sanción de la ley 26.472 refleja la inequívoca voluntad del legislador de incluir este nuevo supuesto con el fin de adecuar la legislación argentina a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. De la transcripción del debate parlamentario en la Cámara de Diputados puede leerse que, por ejemplo, la diputada Marcela Rodríguez expresó que “[e]sto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En el mismo sentido, la diputada Paola Spato-

la manifestó: “lo que estamos haciendo es blanquear –ente comillas– lo que establecen las diferentes convenciones internacionales a las que adhirió nuestro país. Por otro lado, los niños que hoy se encuentran detenidos junto a sus madres en nuestras unidades carcelarias –aunque en este Parlamento nos llenamos la boca hablando de derechos humanos– no tienen por qué pagar la condena de sus padres” (Cámara de Diputados de la Nación, sesión ordinaria del 7 de noviembre de 2007, disponible en www1.hcdn.gov.ar).

–VII–

En otro orden de ideas, la cámara, al adoptar su decisión, prescindió de la opinión de dos organismos especializados en la materia como la Procuración Penitenciaria de la Nación (Informe citado) y la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la SENAF (fs. 212-213 del expediente 33/12). Ambos manifestaron que, dado el contexto social y familiar favorable de B.F.A., correspondía conceder la prisión domiciliaria. Sobre la base de lo informado allí, no encuentro razón suficiente para justificar un rechazo del arresto domiciliario.

Sin perjuicio de que la circunstancia de que B.F.A. pudiera desarrollarse armoniosamente en un ámbito familiar adecuado, sin correr ningún riesgo, resultaba suficiente para conceder el arresto domiciliario, en el caso, además, su madre fue condenada por una pena corta y existen constancias de problemas de salud post-natal sufridos por el bebé que aconsejaban alejarlo de los riesgos para la salud que acarrea vivir en una prisión.

Por tales razones, y dada la urgencia de los derechos e intereses en juego, propiciaré que el Tribunal conceda en esta instancia el arresto domiciliario en ejercicio de las facultades del artículo 16, última parte, de la ley 48.

–VIII–

Finalmente, coincidiendo con la apreciación de la jueza Ángela Ledesma al emitir su voto en la sentencia impugnada, destaco que los restantes jueces del tribunal oral valoraron la circunstancia de que B.F.A. tiene dos madres. La frase “existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño y también familia extensa que cubre las necesidades de atención que puede demandar el menor” (expresada en la sentencia de fs. 313-315 vta. del expediente 33/12) indica que la orientación sexual de la madre y su pareja fue uno de los motivos que justificó el rechazo de la prisión domiciliaria. En tal sentido, de acuerdo con los artículos 16 de la Constitución Nacional y 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe recordarse que ponderar la orientación sexual de una persona no puede ser motivo para restringir un derecho, si no existe una justificación objetiva y razonable (cf., por ejemplo, Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niños de la Calle vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012).

–IX–

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la resolución impugnada y –en aplicación de las atribuciones del artículo 16, última parte, de la ley 48– conceder el arresto domiciliario solicitado.

Buenos Aires, de de 2013.